

University of Groningen

## De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie

Jans, J.H.

*Published in:*

Proportionaliteit in het publiekrecht. Aernout Nieuwenhuis, B.J. Schueler, C.M. Zoethout (red.). Deventer 2005, p. 111-123

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Jans, J. H. (2005). De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie. *Proportionaliteit in het publiekrecht. Aernout Nieuwenhuis, B.J. Schueler, C.M. Zoethout (red.). Deventer 2005, p. 111-123.*

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# DE ROL VAN HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL BIJ MINIMUMHARMONISATIE

J.H. Jans

## 1 Inleiding

In een bundel over het evenredigheidsbeginsel misstaat een bijdrage over het Europees recht natuurlijk niet. Probleem is alleen dat over dit onderwerp al zoveel is geschreven. Het moge de lezer daarom bekend zijn dat we het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel in het Europees recht in vele verschillende hoedanigheden tegenkomen.

In de eerste plaats heeft het evenredigheidsbeginsel een belangrijke constitutionele functie in het reguleren van de verhouding tussen de Unie en haar lidstaten. Artikel 5, derde alinea EG-verdrag bepaalt dat ‘het optreden van de Gemeenschap niet verder (gaat) dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.’<sup>1</sup> Daarbij komt dat het evenredigheidsbeginsel functioneert als toetssteen voor de beoordeling van de rechtmatigheid van rechtshandelingen van de *instellingen*.<sup>2</sup>

In de tweede plaats speelt het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol bij het beoordelen van de Europeesrechtelijke rechtmatigheid van bepaalde handelingen van de *lidstaten*.<sup>3</sup> Met name, maar niet exclusief, wordt het even-

- 
1. Een van de protocollen bij het ‘Verdrag van Amsterdam’ bevat enkele richtsnoeren die deze formulering nader handen en voeten geeft. Gelet op de nogal onzekere situatie rond het ‘grondwettelijk verdrag’ (voluit en officieel ‘Verdrag tot Vaststelling van een Grondwet voor Europa’; Pb. 2004 C 310/1) zal ik hier verder niet ingaan op de bepalingen *cum annexis* van het grondwettelijk verdrag met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel.
  2. Zie zaak 331/88 *Fedesa* Jur.1990, I-4023.
  3. Waarbij overigens moet worden opgemerkt dat door het Hof van Justitie de rechtsgrondslag voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij het vrij verkeer van goederen niet gevonden wordt in artikel 5 EG, maar ‘in de laatste volzin van artikel 30 van het Verdrag’; vgl. bijvoorbeeld rechtsoverweging 34 van zaak C-400/96 *Harpegnies* Jur. 1998 I-5121.

redigheidsbeginsel ingeroepen in zaken waar gedragingen van de lidstaten op gespannen voet staan met de regels van de interne markt.<sup>4</sup>

Dit artikel zal dan ook niet het zoveelste algemene overzicht bevatten over de rol en functie van het evenredigheidsbeginsel in het Europees recht. In plaats daarvan verwijs ik graag naar de beschikbare literatuur.<sup>5</sup>

In deze bijdrage zou ik willen ingaan op de mogelijke rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie.<sup>6</sup> Op een aantal beleidsterreinen, waaronder milieubescherming, consumentenbescherming en sociaal beleid, bepaalt het EG-verdrag dat de lidstaten 'strengere' normen mogen vaststellen dan die welke zijn vastgesteld door de Europese wetgever. Daarbij komt dat op grond van het hierboven reeds gememoreerde Protocol bij het Verdrag van Amsterdam door de Europese wetgever zoveel mogelijk gebruik zou moeten worden gemaakt van *minimumnormen*. Europese minimumnormen vormen dus een uitdrukking van het evenredigheidsbeginsel.

In deze bijdrage zou ik willen nagaan of er nog een rol voor het evenredigheidsbeginsel is weggelegd wanneer de lidstaten gebruik maken van hun bevoegdheid tot het nemen van strengere maatregelen, en zo ja welke rol. De reden om juist dit onderwerp te nemen heeft te maken met een recente uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Deponiezweckverband Eiterköpfe* waar door het Hof is uitgesproken dat nationale maatregelen die het minimumbeschermingsniveau van de richtlijn te boven gaan, niet aan het evenredigheidsbeginsel hoeven te worden getoetst.<sup>7</sup>

## 2 De toch wel merkwaardige uitspraak in de zaak *Deponiezweckverband Eiterköpfe*

In de zaak *Deponiezweckverband Eiterköpfe* was de verenigbaarheid van Duitse afvalstoffenwetgeving met het Europees recht aan de orde. Het Deponiezweckverband, is een bestuurlijk samenwerkingsverband in de regio Koblenz en exploiteert de centrale stortplaats Eiterköpfe. Dit samenwerkingsverband trachtte van het Land Rheinland-Pfalz een vergunning te verkrijgen om ook na 31 mei 2005 twee zones van de stortplaats te mogen vullen met afval dat alleen mechanisch voorbehandeld is. Het Land Rheinland-Pfalz betoogde dat de *Verordnung über die umweltverträgliche Ablagerung von Siedlungsabfällen* dit niet toestaat. Deze *Verordnung* is vastgesteld met het oog op

4. Zie hierover uitgebreid mijn 'Evenredigheid: ja, maar waar tussen? Een aantal opmerkingen over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het kader van de artikelen 30, 34 en 36 E(E)G-Verdrag', SEW 1992, p. 751-770 en 'Evenredigheid Revisited'. SEW 2000/7-8, p. 270-282.

5. Zie voor een van de meest recente bijdragen tot het onderwerp Takis Tridimas, 'The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity'. In: *Rule of Reason; Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Annette Schrauwen (ed.), Groningen 2005, p. 123-142.

6. Zie over het verschijnsel 'minimumharmonisatie' het binnenkort te verschijnen proefschrift van Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht*, Dissertatie UvA, 2006.

7. Zaak C-6/03 *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, nog te publiceren in M&R 2005 (m.nt. Jans) en met noot Janssen en Sevester te publiceren in SEW 2005.

de omzetting van de richtlijn betreffende het storten van afvalstoffen<sup>8</sup> in het Duitse recht.

Het *Verwaltungsgericht* Koblenz, waar het Deponiezweckverband een geding aanhangig had gemaakt, twijfelde echter eraan of deze nationale regeling verenigbaar is met artikel 5, leden 1 en 2, van de richtlijn. Volgens artikel 5, lid 1, van de richtlijn moeten de lidstaten een nationale strategie ontwikkelen voor de vermindering van de hoeveelheid naar stortplaatsen over te brengen biologisch afbreekbare afvalstoffen. En volgens deze zelfde bepaling dient deze strategie te garanderen dat het naar stortplaatsen over te brengen afval vóór bepaalde data met bepaalde percentages wordt verminderd. De Duitse implementatiewetgeving bevat 'strengere' milieunormen dan die uit de richtlijn (strakkere termijnen; hogere percentages).

Nu heeft de richtlijn artikel 175 EG als rechtsgrondslag. Hetgeen impliceert dat artikel 176 EG van toepassing is. Dit bepaalt: 'De beschermende maatregelen die worden vastgesteld uit hoofde van artikel 175, beletten niet dat een lidstaat verdergaande beschermingsmaatregelen handhaaft en treft. Zulke maatregelen moeten verenigbaar zijn met dit Verdrag. Zij worden ter kennis van de Commissie gebracht.'

Het *Verwaltungsgericht* wilde desalniettemin weten of de richtlijn zich verzet tegen de strengere Duitse implementatie wetgeving en of het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel op de beoordeling van deze wetgeving nog van invloed is.

Het Hof start zijn overwegingen met de opmerking dat de Europese milieuwetgeving geen volledige harmonisatie tot doel heeft en verwijst daarbij naar zijn uitspraak in de zaak *Fornasar*.<sup>9</sup> Vervolgens analyseert het Hof de richtlijn in kwestie:

'29 De richtlijn is vastgesteld op basis van artikel 130 S, lid 1, van het EG-Verdrag (thans artikel 175, lid 1, EG) en beoogt derhalve de verwezenlijking van de in artikel 174 EG genoemde doelstellingen.

30 Uit de negende overweging van de considerans en uit artikel 1, lid 1, van de richtlijn blijkt dat zij erop is gericht de doelen van richtlijn 75/442 na te streven en te preciseren door te voorzien in maatregelen om negatieve gevolgen van het storten van afvalstoffen voor het milieu te voorkomen of zoveel mogelijk te verminderen.

31 Volgens artikel 5, lid 1, van de richtlijn moeten de lidstaten een nationale strategie ontwikkelen voor de vermindering van de hoeveelheid naar stortplaatsen over te brengen biologisch afbreekbare afvalstoffen. Ingevolge deze zelfde bepaling dient deze nationale strategie maatregelen te omvatten ter verwezenlijking van de in artikel 5, lid 2, van de richtlijn vermelde doelstellingen. Volgens deze laatste bepaling moet deze strategie garanderen dat het naar stortplaatsen over te brengen afval vóór bepaalde data met bepaalde percentages wordt verminderd. Uit de bewoordingen en de opzet van deze bepalingen blijkt duidelijk dat zij een door de lidstaten te bereiken minimumvermindering vastleggen en niet eraan in de weg staan dat de lidstaten strengere maatregelen treffen.

---

8. Pb. 1999 L 182/1.

9. Zaak C-318/98 *Fornasar e.a.*, Jur. 2000, I-4785, M&R 2000/9, nr. 83 (m.nt. Jans).

32 Hieruit volgt dat artikel 176 EG en de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid bieden om verdergaande beschermingsmaatregelen te nemen die de in de richtlijn vastgestelde minima overschrijden [zie in die zin, met betrekking tot richtlijn 91/689/EEG van de Raad van 12 december 1991 betreffende gevaarlijke afvalstoffen (PB L 377, blz. 20), arrest Fornasar e.a., reeds aangehaald, punt 46]’.

Het Hof maakt met deze overwegingen een einde aan een in de literatuur gesignaleerde onduidelijkheid over het begrip ‘verdergaande beschermingsmaatregel’. De vraag was of wanneer de richtlijn zelf, impliciet of expliciet, ruimte laat voor strengere nationale normen, het überhaupt wel nodig is om een beroep te doen op artikel 176 EG (en de strengere normen dus op grond van artikel 176 EG aan de Commissie gemeld moeten worden). Met andere woorden, gaat het bij ‘verdergaande beschermingsmaatregelen’ om nationale normen die verdergaan dan de richtlijn *toelaat*, dan wel om strengere maatregelen dan waartoe de richtlijn de lidstaten *verplicht*? De uitspraak maakt duidelijk dat het laatste het geval is. Wanneer de nationale normen strenger zijn dan waartoe de richtlijn verplicht, is artikel 176 EG van toepassing.<sup>10</sup>

Aangenomen moet worden dat dezelfde conclusie moet worden getrokken voor de andere beleidsterreinen waar het EG-verdrag minimumharmonisatie voorschrijft, te weten consumentenbescherming<sup>11</sup>, sociaal beleid<sup>12</sup> en het immigratiebeleid<sup>13</sup>. Hetzelfde lijkt me te gelden wanneer de strengere nationale wetgeving is gebaseerd op met ‘artikel 176-achtige’ bepalingen uit richtlijnen zelf.<sup>14</sup> Tenslotte is eveneens niet in te zien waarom deze conclusie niet zou gelden voor die gevallen waar het strengere nationale optreden niet zijn basis in *expliciete* bepalingen in het Verdrag of secundair recht, maar waar de bevoegdheid tot het nemen van strengere maatregelen *impliciet* uit het secundaire recht voortvloeit.<sup>15</sup> Deze conclusies gelden m.i. ook wanneer het secundair gemeenschapsrecht zijn rechtsgrondslag heeft gevonden in artikel 95 EG. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat wanneer de strengere nationale

10. Tussen haakjes, nationale wetgeving die betrekking heeft op situaties die buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen, zijn natuurlijk niet te beschouwen als ‘verdergaande beschermingsmaatregelen’. Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 8 februari 2001, M & R 2001/7-8, nr. 73 (m.nt. Jans) waar de Afdeling een verbod op het houden van een havik opvatte als strengere maatregel dan de Vogelrichtlijn, terwijl het in wezen ging om een maatregel die buiten de werkingssfeer van de Vogelrichtlijn viel.

11. Vgl. art. 153 lid 5 EG.

12. Zie art. 137 lid 4 EG. Vgl. eveneens zaak C-84/94 *Verenigd Koninkrijk tegen de Raad*, Jur. 1996, I-5755.

13. Vgl. art. 63 lid 4 EG.

14. Vgl. bijvoorbeeld art. 8 lid 2 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (Pb. 1999 L 171/12): ‘De lidstaten kunnen op het door deze richtlijn bestreken gebied strengere voorschriften vaststellen of handhaven voorzover deze met het Verdrag verenigbaar zijn, teneinde de consument een hogere graad van bescherming te verzekeren’.

15. Zie over het begrip ‘impliciete minimumharmonisatie’ het in voetnoot 6 vermelde proefschrift van Hofhuis. Het gaat om richtlijnen waar uit de tekst van de richtlijn – door gebruikte begrippen als ‘tenminste’, ‘maximaal’, ‘ten hoogste’ moet worden afgeleid dat het om minimumharmonisatie gaat.

normen zich afspelen binnen de bandbreedte van de interne marktrichtlijnen ze zijn toegestaan zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van de procedures in het vierde en vijfde lid van artikel 95 EG.<sup>16</sup>

Tot zover is de uitspraak weliswaar opmerkelijk, maar toch niet echt opzienbarend te noemen. Dat wordt anders wanneer het Hof ingaat op de mogelijke rol van het evenredigheidsbeginsel bij het nemen door de Duitse wetgever van dergelijke strengere normen. De letterlijke weergave van de hierop betrekking hebbende rechtsoverwegingen luiden als volgt:

‘61 Uit de opzet van artikel 176 EG volgt dat de lidstaten, door strengere maatregelen te treffen, nog steeds een bevoegdheid uitoefenen die door het gemeenschapsrecht wordt geregeld, aangezien deze maatregelen in elk geval verenigbaar met het Verdrag moeten zijn. Niettemin is het bepalen van de omvang van de te bereiken bescherming aan de lidstaten overgelaten.

62 In dit verband vereist het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel – voorzover het erom gaat te waarborgen dat de in de richtlijn genoemde minimumeisen in acht worden genomen – dat de nationale maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn voor het bereiken van de nagestreefte doelen.

63 Voorzover geen andere bepalingen van het Verdrag in het geding zijn, is dit beginsel daarentegen niet van toepassing op krachtens artikel 176 EG getroffen verdergaande nationale beschermingsmaatregelen die strengere eisen stellen dan de in de richtlijn genoemde minimumeisen.

64 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel niet van toepassing is op krachtens artikel 176 EG getroffen verdergaande nationale beschermingsmaatregelen die strengere eisen stellen dan de in een communautaire milieurichtlijn genoemde minimumeisen, voorzover geen andere bepalingen van het Verdrag in het geding zijn’.

De conclusie is duidelijk: op grond van artikel 176 EG genomen strengere nationale wetgeving heeft niet getoetst te worden aan het communautaire evenredigheidsbeginsel.<sup>17</sup> Ook deze conclusie is niet alleen relevant voor de interpretatie van artikel 176 EG, maar lijkt me ook van belang te zijn voor alle andere gevallen van minimumharmonisatie.

Om te begrijpen waarom de uitspraak van het Hof inhoudende dat op grond van artikel 176 EG genomen strengere nationale wetgeving niet getoetst hoeft te worden aan het communautaire evenredigheidsbeginsel opmerkelijk is, is het noodzakelijk bovenstaande rechtsoverwegingen aan een nauwkeurige analyse te onderwerpen.

---

16. Zaak C-11/92, *Gallagher*, rechtsoverweging 43. Het paradoxale resultaat is dan wel dat strengere normen op grond van bijvoorbeeld art. 176 EG wel aan de Commissie moet worden gemeld, maar strengere maatregelen die binnen een art. 95 EG vallen niet. Zie hierover reeds mijn ‘Wat staat er nu precies in artikel 100A lid 4 EEG-Verdrag? NJB 1992, p. 616.

17. Zie ook reeds zaak C-2/97 *Società italiana petroli* Jur.1998, I-8597, waar eveneens uit blijkt dat het evenredigheidsbeginsel geen rol speelt bij toetsing van strengere nationale maatregelen als deze maatregelen geen belemmering voor het vrije verkeer met zich meebrengen. Zie over deze zaak reeds mijn, ‘Evenredigheid Revisited’. SEW 2000/7-8, p. 270-282.

### 3 De rol van het evenredigheidsbeginsel 'binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht'

Wanneer lidstaten hun *verplichtingen* nakomen die uit minimumrichtlijnen voortvloeien dan zijn zij zonder meer verplicht dit te doen met in achtname van het evenredigheidsbeginsel, zo kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid.<sup>18</sup> Maar waarom zijn zij dan niet verplicht het evenredigheidsbeginsel te respecteren wanneer zij gebruik maken van hun *bevoegdheid* tot het nemen van strengere nationale maatregelen?

Allereerst moet worden opgemerkt – zo blijkt uit rechtsoverweging 61 van *Deponiezweckverband* – dat wanneer de lidstaten strengere milieumaatregelen nemen, zij een bevoegdheid uitoefenen die door het gemeenschapsrecht 'wordt geregeld'. Dit is een niet onbelangrijke constatering. Immers, in de literatuur is herhaalde malen gesteld dat uit artikel 176 EG kan worden afgeleid, dat de bevoegdheid voor de Gemeenschap om milieumaatregelen te nemen, beperkt is tot het treffen van minimumnormen.<sup>19</sup> Met andere woorden, artikel 176 EG zou een verplichting behelzen gericht tot de gemeenschapswetgever tot het treffen van minimumnormen en de Gemeenschap zou dan ook onbevoegd moeten worden geacht de lidstaten te beperken in het nemen, dan wel handhaven van strengere milieunormen. In die interpretatie ligt toetsing van de strengere nationale normen inderdaad niet voor de hand. Alle richtlijnen gebaseerd op artikel 175 EG zouden dan ook door artikel 176 EG per definitie minimumrichtlijnen (moeten) zijn.<sup>20</sup> Deze interpretatie van artikel 176 EG lijkt in het licht van bovenstaande rechtsoverweging niet langer houdbaar te zijn. Want hoe kan de bevoegdheid van de lidstaten om strengere milieumaatregelen te nemen zijn 'geregeld' door het gemeenschapsrecht, als de Gemeenschap hier-toe geen bevoegdheden toekent aan de Europese wetgever?

De wijze van formulering in r.o. 61 'wordt geregeld' doet de vraag rijzen hoe zich dit verhoudt tot een andere, maar wel soortgelijke uitdrukking in het Europees recht. Zo wordt door het Hof van Justitie in de zaak *ERT* gesteld dat nationaal recht getoetst moet worden aan de algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht voor zover dit nationaal recht valt 'binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht'.<sup>21</sup>

Als het treffen van strengere maatregelen door het gemeenschapsrecht 'wordt geregeld' in de zin van *Deponiezweckverband* moet er dan ook van worden uitgegaan dat deze maatregelen moeten worden beschouwd als val-

18. Zaak C-293/97 *Standley* Jur. 1999, I-2603.

19. Zie voor een bespreking van deze problematiek, met verwijzingen naar andere literatuur, meer uitgebreid Jans/Sevenster/Vedder (red.), *Europees milieurecht in Nederland*, Den Haag 2000, p. 156-159.

20. Zie bijvoorbeeld de annotatie van Janssen en Sevenster onder *Deponiezweckverband* in SEW 2005 (nog te publiceren).

21. Zaak C-260/89 *ERT* Jur. 1991, I-2925. In de *ERT*-zaak ging het om een situatie waar een lidstaat ter rechtvaardiging van een mogelijke inbreuk op de dienstenvrijheid een beroep deed op wat thans de artikelen 46 jo. 55 van het EG-verdrag zijn. In dat verband sprak het Hof van Justitie over een nationale maatregel die binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht viel en dat in deze situatie rechters verplicht zijn de eerbiediging van algemene rechtsbeginselen te verzekeren.

lende ‘binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht’ als bedoeld in het *ERT*-arrest?<sup>22</sup> Als deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord – en ik zou op het eerste gezicht niet weten waarom we deze vraag ontkennend zou moeten beantwoorden – dan is het wel weer merkwaardig waarom in *Deponiezweckverband* de nationale wetgeving *niet* aan het evenredigheidsbeginsel behoeft te worden getoetst. Het evenredigheidsbeginsel, met een verdragsrechtelijk fundament in artikel 5 derde alinea EG, lijkt mij zonder meer ook als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht te worden beschouwd.<sup>23</sup>

In het licht van de overwegingen van het Hof in *ERT* is het dan ook opmerkelijk dat de strengere Duitse milieumaatregelen in *Deponiezweckverband* niet aan het evenredigheidsbeginsel hoeft te worden getoetst.

#### 4 De mate van bescherming is aan de lidstaten

Een van de kernargumenten van het Hof om tot de conclusie te komen dat de strengere Duitse normen niet aan het evenredigheidsbeginsel hoeft worden getoetst, is eveneens in rechtsoverweging 61 van *Deponiezweckverband* te vinden. Het Hof vermeldt daar dat bij het treffen van strengere maatregelen op grond van artikel 176 EG de omvang van de te bereiken bescherming aan de lidstaten wordt overgelaten. Op zich is dit juist. Maar ik vraag mij af of deze opmerkingen wel volledig dragend zijn voor de uiteindelijke conclusie van het Hof, namelijk dat de strengere maatregelen op grond van artikel 176 EG niet aan het evenredigheidsbeginsel hoeven te worden getoetst. Voordat ik hier nader op inga, lijkt het mij van belang om toch even kort stil te staan bij de vraag wat het evenredigheidsbeginsel nu precies inhoudt. Uit de rechtspraak betreffende verenigbaarheid van nationale maatregelen met de zgn. interne markt-vrijheden kan het volgende worden afgeleid. In de eerste plaats moet de nationale maatregel ‘geschikt’ zijn om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Er moet als het ware een causale relatie bestaan tussen de maatregel en het doel. In de tweede plaats impliceert het evenredigheidsbeginsel dat de maatregel *onmisbaar* en derhalve noodzakelijk is, hetgeen o.a. inhoudt, dat niet een voor de verwezenlijking van het te bereiken doel even doelmatig maar de intracommunautaire handel minder beperkend alternatief voorhanden is. Kortom, het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’. Twee of meer mogelijke nationale instrumenten worden eerst beoordeeld op de vraag: beschermen deze het belang even effectief of niet? Is het antwoord ja, dan moet vervolgens worden bekeken, welke van *deze*

22. Zaak C-260/89 *ERT* Jur. 1991, I-2925, het bijzonder de rechtsoverwegingen 42-44.

23. Een van de argumenten die in deze zaak, blijkens de conclusie van de advocaat-generaal, is gehanteerd om te betogen dat niet aan het evenredigheidsbeginsel zou behoeven te worden getoetst betreft de tekst van artikel 5, derde alinea EG: ‘Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken’. Doordat het bij strengere maatregelen in de zin van art. 176 EG niet gaat om optreden van de Gemeenschap, maar van de lidstaten, zou het evenredigheidsbeginsel niet kunnen worden toegepast. Miskent wordt dan dat het evenredigheidsbeginsel als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht moet worden beschouwd, waarvan de werkingssfeer zich ook uitstrekt tot de lidstaten.



instrumenten de minste negatieve effecten voor de marktintegratie met zich meebrengt. Het derde element van het evenredigheidsbeginsel wordt over het algemeen in de literatuur aangeduid als het evenredigheidsbeginsel '*sensu stricto*'.<sup>24</sup> Daaronder wordt verstaan dat een maatregel onevenredig is wanneer de erdoor teweeggebrachte belemmering van de intracommunautaire handel buiten proportie staat tot het nagestreefde doel of het ermee teweeggebrachte resultaat. Men zou ook kunnen zeggen: hier gaat het om het evenredigheidsbeginsel 'in echte zin'. Samenvattend gaat het evenredigheidsbeginsel dus over de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel.

Dat het Hof van Justitie in *Deponiezweckverband* (r.o. 62) slechts verwijst naar de eerste twee aspecten is niet zo verwonderlijk, omdat het derde aspect – inhoudende een echte belangenafweging – slechts in zeer uitzonderlijke gevallen door het Hof wordt gehanteerd bij de beoordeling van nationale maatregelen op hun evenredigheid.<sup>25</sup> Immers, toetsing aan dit aspect vereist dat de Europese rechter een uitspraak doet over de vraag of de mate van bescherming zoals die door de betrokken lidstaat noodzakelijk wordt geacht, wel aanvaardbaar wordt geacht door de gemeenschapsrechtsorde. In rechtsoverweging 61 van *Deponiezweckverband* stelt het Hof van Justitie met zoveel woorden dat uit artikel 176 EG blijkt dat de omvang van de gewenste milieu-bescherming aan de lidstaten is overgelaten. Dat mag zo zijn, maar kan hoogstens een verklaring bieden om niet aan het derde aspect van het evenredigheidsbeginsel te toetsen. Bij de toetsing van de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de maatregel hoeft het Hof van Justitie, of welke andere rechter dan ook, in het geheel niet in te gaan of de vraag naar de gewenste mate van bescherming. De meest duidelijke uitspraak van het Hof van Justitie om deze stelling te illustreren is de zaak *Läära*.<sup>26</sup>

*Läära* betrof Finse wetgeving op grond waarvan de exploitatie van speelautomaten exclusief was voorbehouden aan een enkel openbaar lichaam. Dit vormt een dergelijke regeling een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting, aldus het Hof. Met de Finse regeling werd o.a. beoogd 'het exploiteren van de goklust van de mens aan banden te leggen' en 'de aan die activiteiten verbonden risico's van bedrog en andere criminele handelingen te vermijden'. Het Hof accepteerde deze belangen als 'dwingende redenen van algemeen belang'. Vervolgens werd een evenredigheidstoets uitgevoerd. Nagegaan werd of de maatregelen 'geschikt zijn om de ermee beoogde doelen te bereiken', en of 'zij niet verder gaan dan wat daartoe noodzakelijk is'. Het gaat hier dus om een toetsing aan het eerste en het tweede aspect van het evenredigheidsbeginsel. Het Hof merkt daarbij op dat '(het) bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, onder de beoordelingsvrijheid (valt) die het Hof [...] aan de nationale autoriteiten heeft toegekend'. De conclusie die het Hof uit

24. Vgl. bijvoorbeeld Walter van Gerven, 'The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe'. In: *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Evelyn Ellis (ed.). Oxford 1999, p. 38.

25. Het bekendste voorbeeld is zaak C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent en Norwich City Council tegen B & Q Plc* Jur. 1992, I-6635, SEW 1995, 196 (m.nt. J.H. Jans).

26. Zaak C-124/97, SEW 2000/12, p. 463-466 (m.nt. Jans).

deze nationale beoordelingsvrijheid trekt is dan ook dat: ‘(de) enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, niet van invloed (kan) zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen’. Maar dat betekende in deze zaak niet, dat in het geheel geen evenredigheidstoetsting werd uitgevoerd. In *Läärä* werd wel degelijk – zij het op een terughoudende wijze – getoetst of de Finse wetgeving wel *geschikt* was om de gewenste bescherming te realiseren en of deze, niet door ‘lichtere’ instrumenten gerealiseerd had kunnen worden.

De lessen van *Läärä* kunnen naar mijn opvatting ook worden toegepast op de strengere milieumaatregelen op grond van artikel 176 EG en andere gevallen van minimumharmonisatie. De mate van bescherming, zoals deze door de lidstaat wordt gewenst, zou niet ter discussie hoeven te staan. Maar niet is in te zien waarom, met de door de lidstaat gewenste bescherming als uitgangspunt te nemen, niet getoetst zou kunnen worden of de strengere normen hier toe wel geschikt zijn en eventueel of deze bescherming ook niet met lichtere maatregelen gerealiseerd had kunnen worden. De motivering van het Hof in *Deponiezweckverband* overtuigt mij dan ook niet.

## 5 Het Hof toetst in *Deponiezweckverband* toch aan het evenredigheidsbeginsel

Met de ‘geschiktheidstoets’ zoals die door het Hof wordt uitgevoerd in het kader van de vrij verkeer bepalingen, heeft het Hof een criterium in handen om nationale maatregelen die in wezen een protectionistische doelstelling hebben, maar gepresenteerd worden als zijnde noodzakelijk ter bescherming van geoorloofd belang, aan te pakken. Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie zou het voordeel hebben dat het Hof de mogelijkheid krijgt om te beoordelen of de lidstaat niet, onder het mom van strengere maatregelen, onder zijn verplichting tot het nakomen van zijn richtlijnverplichtingen uit wil komen.

Alhoewel het Hof in de zaak *Deponiezweckverband* heel duidelijk heeft gesteld dat strengere milieumaatregelen ex artikel 176 EG niet aan het communautaire evenredigheidsbeginsel hoeven te worden getoetst, is het volgens mij de vraag of het Hof – maar dan onder een andere noemer – toch niet aan het eerste aspect van het evenredigheidsbeginsel (de geschiktheid) toetst. In rechtsoverweging 58 stelt het Hof van Justitie:

‘In het kader van het gemeenschappelijk milieubeleid is – voorzover een nationale maatregel dezelfde doelstellingen nastreeft als een richtlijn – het stellen van strengere eisen dan de in de richtlijn neergelegde minimumeisen, in artikel 176 EG voorzien en op grond van dit artikel toegestaan.’

Ik neem aan dat het Hof hiermee niet alleen mee bedoeld te zeggen dat wanneer de nationale wetgeving andere doelstellingen nastreeft dan die van de richtlijn deze wetgeving niet als ‘verdergaande beschermingsmaatregel’ kan worden beschouwd, maar dat deze wetgeving ook niet is toegestaan.<sup>27</sup> Daarmee

---

27. Anders zou dit het volstrekt ongerijmde resultaat tot gevolg hebben dat strengere normen die niet dezelfde doelstellingen als de richtlijn nastreven wel zouden zijn

wordt dus ook duidelijk dat artikel 176 EG de lidstaten geen *carte blanche* verschaft om naar believen strengere milieunormen vast te stellen. De strengere nationale normen moeten duidelijk in het verlengde van (de doelstellingen van) de richtlijn kunnen worden gesitueerd. In de uitspraak wordt dan ook wel degelijk – en naar mijn opvatting terecht – door het Hof getoetst of de strengere Duitse normen wel dezelfde doelstellingen nastreven als die van de richtlijn. In wezen verschilt deze wijze van toetsing niet zoveel met het toetsen van de ‘geschiktheid’ als eerste aspect van het evenredigheidsbeginsel.

## 6 Strengere evenredigheidstoets na minimumharmonisatie bij inbreuken op vrij verkeer?

In rechtsoverweging 63 van *Deponiezweckverband* wordt de niet-toetsing van de strengere Duitse milieumaatregelen aan een belangrijke voorwaarde onderworpen. Strengere maatregelen zijn geoorloofd ‘voorzover geen andere bepalingen van het Verdrag in het geding zijn’. Op het moment dat de strengere maatregelen bijvoorbeeld in conflict komen met de verbodsbepalingen betrekking hebbende op de interne markt, wordt wel degelijk een evenredigheidstoetsing uitgevoerd en wel bij de vraag of de nationale maatregelen gerechtvaardigd zijn. Een voorbeeld in de rechtspraak biedt hier de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Aher-Waggon*.<sup>28</sup>

In 1992 kocht Aher-Waggon in Denemarken een schroefvliegtuig van het merk Piper PA 28-140, dat sinds 1974 in die staat was geregistreerd. Vervolgens verzocht zij het *Bundesamt* om het vliegtuig in Duitsland te registreren. Dit werd geweigerd, op grond dat het vliegtuig de in Duitsland toegestane geluidsgrenzen overschreed. Het betrokken vliegtuig voldeed weliswaar aan de communautaire voorschriften<sup>29</sup> ter zake (73 dB(A)), doch het overschreed met een geluidsniveau van 72,2 dB(A) de Duitse grenswaarden (69 dB(A)). Noch het beroep bij het *Verwaltungsgericht* noch het hoger beroep slaagde. In het beroep in *Revision* voor het *Bundesverwaltungsgericht* betoogde Aher-Waggon, dat de weigering het vliegtuig in Duitsland te registreren in strijd was met het gemeenschapsrecht. Zij baseerde zich op het feit, dat vliegtuigen van hetzelfde type en met hetzelfde geluidsniveau die in Duitsland reeds waren geregistreerd, hun registratie behielden.

Het Hof stelt in de eerste plaats vast dat de richtlijn enkel minimumeisen stelt en zij de lidstaten dus toestaat, strengere geluidsnormen te formuleren.<sup>30</sup> Echter, anders dan in *Deponiezweckverband* is hier wel ruimte voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel. De reden hiervoor is dat in dit geval de

---

toegestaan, maar niet zouden behoeven te worden gemeld aan de Commissie (omdat het niet gaat om een strengere maatregel als bedoeld in art. 176 EG).

28. Zaak C-389/96 *Aher-Waggon* Jur. 1998, I-4473. Vgl. ook zaak C-510/99 *Strafzaak tegen Xavier Tridon*, Jur. 2001, I-7777, waar eveneens strengere nationale normen op terrein van bedreigde dier- en plantesoorten aan de regels van het vrije verkeer van goederen worden getoetst.

29. Richtlijn 80/51/EEG vastgesteld inzake de beperking van geluidshinder door subsonische luchtvaartuigen; Pb. 1980, L 18/26, zoals gewijzigd bij richtlijn 83/206/EEG; Pb. L 117/15.

30. Zaak C-389/96 *Aher-Waggon* Jur. 1998, I-4473.

strengere normen een negatieve invloed hebben op het vrije verkeer van goederen en in beginsel als een 'maatregel van gelijke werking' ex artikel 28 EG moet worden beschouwd. Het Hof vervolgt:

'20. Nochtans is volgens vaste rechtspraak vereist, dat een nationale regeling die een beperkende werking op het intracommunautaire handelsverkeer heeft of kan hebben, evenredig is aan het ermee beoogde doel en dat dit doel niet kan worden bereikt met maatregelen die het intracommunautaire handelsverkeer minder beperken [...]'.

De vraag die nu rijst is welke invloed het in de richtlijn neergelegde minimumbeschermingsniveau heeft, of zou moeten hebben op de wijze van toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Mijn stelling is dat in dergelijke gevallen een meer indringende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel voor de hand ligt. Immers, op het moment dat er een richtlijn is met minimumnormen, moeten deze normen geacht worden een adequaat of zelfs 'een hoog beschermingsniveau'<sup>31</sup> te bieden.<sup>32</sup> Anders zou de richtlijn zelf, wegens 'ongeschiktheid' wel eens in strijd met het evenredigheidsbeginsel kunnen worden geacht! Maar als de richtlijnnormen een voldoende mate van bescherming bieden, hoe kunnen dan strengere nationale maatregelen *noodzakelijk* zijn? Men moet toch aannemen dat een lidstaat in strijd handelt met het evenredigheidsbeginsel wanneer er in feite niets te beschermen valt?<sup>33</sup> Lidstaten mogen weliswaar in beginsel zelf de hoogte van het door hen gewenste beschermingsniveau bepalen, maar er moet natuurlijk wel iets te beschermen zijn. Juist dit aspect zou door het Hof, bij de aanwezigheid van Europese minimumnormen, wat intensiever getoetst kunnen worden.

Hoe nu om te gaan met het beoordelen – in het licht van het evenredigheidsbeginsel – van 'strengere' nationale maatregelen die een inbreuk op een van de vrij verkeer-bepalingen in het EG-verdrag met zich meebrengen? Zoals gezegd, ligt in dergelijke gevallen een meer intensieve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel voor de hand, juist omdat er rekening moet worden gehouden met het door de richtlijn gerealiseerde beschermingsniveau.<sup>34</sup> Om de

---

31. Indien de grondslag van de harmonisatie in art. 95 EG gevonden moet worden, dan verlangt het derde lid op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming 'een hoog beschermingsniveau'.

32. Zie hierover meer uitgebreid mijn *European Environmental Law*, Groningen 2000, p. 125. Vgl. ook Hofhuis in haar annotatie onder zaak C-12/00 *Commissie tegen Spanje*, SEW 2003/10, p. 365-370.

33. Zo zal een invoerverbod van een bepaald product 'ter bescherming van de volksgezondheid' niet noodzakelijk zijn, wanneer uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat het verboden product geen gevaar voor de gezondheid oplevert. Overigens zou men ook kunnen verdedigen dat dit aspect buiten een evenredigheidstoets valt en eigenlijk een voorvraag betreft. Het Hof daarentegen behandelt deze vraag meestal in het kader van een evenredigheidstoetsing.

34. Zie eveneens, maar dan in het kader van art. 95 EG (toen nog art. 100a EG), advocaat-generaal Tesauro: 'Bij het aan de gemeenschapsinstellingen opgedragen toezicht krachtens artikel 100 A, lid 4, zouden zelfs strengere criteria moeten worden gehanteerd dan in verband met artikel 36, omdat het niet mogelijk is geen rekening te houden met de al door de geharmoniseerde regeling vastgestelde be-

noodzakelijk van de nationale maatregelen aan te tonen, zal de lidstaat in de regel moeten kunnen aantonen waarom de door de richtlijn geboden bescherming in zijn specifieke geval geen soelaas biedt. Met andere woorden, is er sprake van een zo bijzondere situatie waardoor de lidstaat zich genoodzaakt voelt om het beschermingsniveau van de richtlijn te verlaten en strengere maatregelen wenst te nemen? Ik zou hier dan ook een vergelijkbare evenredigheidstoetsing willen bepleiten als die het EG-verdrag voorschrijft bij afwijkende nationale maatregelen in het kader van artikel 95 lid 5 EG.<sup>35</sup> Of het Hof daadwerkelijk in dit soort gevallen een meer intensieve evenredigheidstoets uitvoert is overigens nog maar de vraag.<sup>36</sup>

## 7 Conclusies

In een eerdere publicatie over het communautaire evenredigheidsbeginsel heb ik geconcludeerd dat er niet zoiets bestaat als *de* toepassing van het evenredigheidsbeginsel.<sup>37</sup> Het evenredigheidsbeginsel is een instrument voor het Hof van Justitie om op een genuanceerde wijze nationale maatregelen te beoordelen op hun Europeesrechtelijke rechtmatigheid.

De rechtspraak van het Hof van Justitie over de rol van het evenredigheidsbeginsel bij het beoordelen van nationale maatregelen in geval van minimumharmonisatie illustreert deze conclusie in sterke mate.

Zo verlangt het evenredigheidsbeginsel van de Europese wetgever dat hij zijn normen zoveel mogelijk als minimumnormen formuleert en lidstaten derhalve de vrijheid laat om te beslissen of zij het beschermingsniveau willen verhogen of niet. Op het moment dat de lidstaten van hun vrijheid gebruik maken om strengere normen vast te stellen, ontstaat een complexe situatie. De hoofdregel lijkt te zijn dat, voorzover deze strengere nationale normen geen inbreuk maken op de marktvrijheden, zij in het geheel niet aan het evenredigheidsbeginsel behoeven te worden getoetst. De motivering die het Hof in *Deponiezweckverband* voor deze hoofdregel heeft gegeven, overtuigt echter naar mijn opvatting niet. Niet is in te zien waarom niet een terughoudende toetsing aan het eerste (geschiktheid) en eventueel zelfs aan het tweede aspect (noodzakelijkheid) van het evenredigheidsbeginsel mogelijk zou zijn. Een dergelijke toetsing zou kunnen voorkomen dat lidstaten misbruik maken van hun bevoegdheid tot het nemen en handhaven van strengere nationale normen. Door categorisch elke vorm van toetsing uit te sluiten miskent het Hof de verschillende gradaties van het evenredigheidsbeginsel.

---

schermingsniveaus'; zaak C-41/93 *Commissie tegen Frankrijk*, Jur. 1994, I-1829, punt 6 van zijn conclusie.

35. Afwijkende nationale maatregelen zijn mogelijk 'vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend'. Waarbij ik wil aantekenen dat naar mijn opvatting deze voorwaarde ook van toepassing is bij maatregelen genomen op grond van art. 95 lid 4 EG; zie hierover meer uitgebreid mijn *European Environmental Law*, Groningen 2000, p. 125.

36. Noch in *Aher-Wagonn*, noch in *Tridon* maakt het Hof duidelijk of het hier een meer indringende evenredigheidstoetsing 'dan normaal' uitvoert; zie de vindplaatsen in voetnoot 28.

37. J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited'. SEW 2000/7-8, p. 270-282.

Een nadere analyse van de rechtspraak van het Hof doet overigens vermoeden dat het Hof 'tussen de regels door' wel degelijk een toetsing van de geschiktheid van de strengere maatregelen uitvoert, juist doordat het Hof van de lidstaten verlangt dat de maatregelen in het verlengde van de doelstelling van de Europese minimumnormen liggen. Dit lijkt me terecht.

Op het moment dat de strengere normen wel in strijd komen met de marktvrijheden ligt de situatie volledig anders. Bij de beoordeling van de vraag of de strengere maatregelen wel gerechtvaardigd zijn, behoort m.i. een intensieve evenredigheidstoetsing uitgevoerd te worden. Weliswaar blijft het aan de lidstaten om te bepalen welk beschermingsniveau zij wenselijk achten. Maar van de lidstaten zou wel verlangd mogen worden duidelijk te maken waarom hun situatie zo bijzonder is dat strengere maatregelen dan die uit de richtlijn noodzakelijk zijn. Hierbij moet worden opgemerkt dat de rechtspraak van het Hof op dit punt niet helemaal duidelijk is.

Evenredigheid moet, maar voor wie en wanneer en hoe, dat blijft een complexe aangelegenheid.